

事後的な関与と傷害結果の帰責

松尾 誠 紀

目 次

- 一 はじめに
- 二 傷害結果の帰責をめぐる判例の傾向とその分析
- 三 東京高裁平成八年判決と最高裁平成二四年決定
- 四 おわりに

一 はじめに

他人がすでに行っている犯罪に対し事後的に関与した者の罪責については、二つの検討課題がある。第一に、事後的関与者の関与時になお共犯が成立しうるかをめぐる問題（共犯成立の時間的限界）、第二に、それが肯定された場合に、その事後的関与者が共犯としていかなる罪責を負うかをめぐる問題である。⁽¹⁾ 従来、第二の問題を扱った事後的な関与と傷害結果の帰責

てきた問題領域が、いわゆる承継的共犯論である（以下では、すでに犯罪を行っている者を「先行者」とし、そこに事後的に関与する者を「後行者」とする。文脈によっては「事後的関与者」とする場合もある）。すなわち、先行者による犯罪に途中から関与する者であっても、先行者の行為とそれが惹き起こした結果をも含めた犯罪全体に対して責任を負う者を承継的共犯と呼び、この意味での承継的共犯を認めるべきか否かをめぐる議論が承継的共犯論である。そこには二つの問題が含まれる。第一に、いかなる罪が後行者に成立するかをめぐる問題である。具体的には、例えば強盗罪において財物奪取にのみ関与した後行者のように、後行者は先行者の罪の構成要件の一部を満たしていないけれども、先行者に成立する罪と同じ罪が後行者にも認められるかをめぐる問題である。この点、学説では、例えば窃盗への途中関与では承継的共犯は問題となりえないとして、この第一の問題だけが承継的共犯をめぐる問題と捉える見方もある⁽²⁾。しかしそれは正確ではない。後行者に先行者と同じ罪が成立しさえすればそれですべての問題が片づくわけではないからである。すなわち、第二に、例えば傷害罪や監禁罪で問題となるように、後行者も関与後の行為によって先行者に成立する罪の行為の要件を満たしている点で、後行者にも先行者と同じ罪は成立しうるが、しかしその関与前に発生していた結果が後行者に帰責されるのかという、結果帰責の範囲をめぐる問題も承継的共犯論に含まれる。従来の承継的共犯論では強盗罪がその典型的事例として用いられていたことから、第一の問題に関心が向けられていたといえる。しかし、むしろ判例で強盗や強姦への事後的関与が問題とされる場合、実際には後行者の関与後にその反抗抑圧状態を維持する「新たな暴行・脅迫⁽³⁾」が行われていると評価できる場合が少なくなく、後行者が財物奪取にのみ関与するという、後行者が共犯として先行者の罪の要件を満たしていない事例はそれほど多くはないと思われる。その意味で判例においては、成立す

る罪如何よりも結果の帰責範囲こそが問題である。そして判例においてそれは、傷害結果の帰責範囲をめぐって最も顕在化している。最近示された最高裁判平成二四年一月六日決定⁽⁵⁾もまさにこの点を扱うものである。後に示すように、判例は、後行者の関与前に発生した傷害結果の帰責を否定する傾向を持つ一方、その後行者の関与後の暴行が当該傷害結果を惹き起こしたのか否か、惹き起こしたとしてそれがどの範囲なのかを明確にできない場合には、その罪責について定まった処理の仕方を有していない。しかもそこで行われている一部の処理の仕方においては、すでに承継的共犯を認めたか否かという観点で理解すべきでないものもある。つまりそこでは、事後的な関与者の罪責を承継的共犯の視点でのみ捉えてきた従来の学説の不十分さが露呈しているとさえいえる。

承継的共犯は因果的共犯論からすれば例外的処罰であり、それゆえにそれは批判的に論じられる。⁽⁶⁾従来⁽⁷⁾の学説は、承継的共犯を共犯の因果性をめぐる一問題として論じ、その関心は事後的関与者の罪責自体ではなく因果的共犯論の適否にある。そのため学説による判例の考察においても、各判例が承継的共犯の理論を肯定したか否かという観点から整理されるにとどまる。しかしそれでは判例の本質を捉えるのに十分ではない。本稿では、判例が事後的関与者の罪責をどう判断したかというその帰結・取り扱いに特に着目しながら、傷害結果の帰責をめぐる一連の判例について考察する。こうした新たな視点によって、判例の実際と、事後的関与者の罪責が必ずしも承継的共犯を認めるか否かに関わらないことを顕在化させることが本稿の目的である。

二 傷害結果の帰責をめぐる判例の傾向とその分析

1 関与前の暴行により傷害結果が生じていた場合

事後的な関与者と傷害結果の帰責をめぐる判例をその傾向に従って整理すると、第一に、後行者の関与前に生じていた傷害結果は後行者に帰責させないという傾向がある（傷害結果が後行者の関与前に発生していたことが明確に認められた事案においてその帰責が否定されたものが八件、肯定されたものが二件である⁽⁸⁾）。帰責否定の理由は必ずしも一様ではなく、承継的共犯の理論自体を否定するもの⁽¹⁰⁾、後行者の関与前に生じていた傷害結果への認識を欠くとするもののほか、次に挙げる大阪高裁昭和六二年七月一〇日判決⁽¹²⁾（以下、「大阪高裁昭和六二年判決」とする）以降は、後行者の関与前に発生していた傷害結果等を後行者が「利用」したとはいえないとしてその帰責を否定するものもある⁽¹³⁾。

大阪高裁昭和六二年判決は、傷害罪の承継的共犯の成否を検討するに際し、「思うに、先行者の犯罪遂行の途中からこれに共謀加担した後行者に対し先行者の行為等を含む当該犯罪の全体につき共同正犯の成立を認め得る実質的根拠は、後行者において、先行者の行為等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したということにあり、これ以外には根拠はないと考えられる。従って、いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られる」として、承継的共犯を限定

的に肯定する判断枠組みを提示した（以下、こうした判断枠組みを『利用』の基準とする^⑭）。学説において本判決は承継的共犯論を代表する判例として扱われているけれども、当該事案自体は後行者への傷害結果の帰責が否定されたものである（暴行罪の共同正犯にとどまるとされた^⑮）。この点、当該事案は、顔面打撲等の加療八日間を要する傷害に対し、後行者はその傷害の発生後、被害者の顎を二、三回突き上げただけにすぎず、判例の傾向からすれば元より傷害結果の帰責が否定される可能性が高い事案であった。しかも大阪高裁判決自身が、一般に、「二個の暴行行為がもとも一個の犯罪を構成するもので、後行者は一個の暴行そのものに加担するのではない上に、後行者には、被害者に暴行を加えること以外の目的はないのであるから、後行者が先行者の行為等を認識・認容していても、他に特別の事情のない限り、先行者の暴行を、自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したものと認めることはでき「ない」として、関与前に発生した傷害結果をこの判断枠組みに従って後行者に帰責させることは難しいとしていた。本事例類型でのその後の判例の傾向は、こうした大阪高裁判決の趣旨に沿うものといえる。

そして、この度の最高裁判平成二四年一月六日決定^⑰（以下、「最高裁決定」とする）は、後行者の関与前に発生した傷害結果の帰責を否定するこうした流れを決定づけるものである。先行者が被害者に暴行を加えて傷害を負わせた後に、後行者がこれに共謀加担し、さらに強度の暴行を加えて被害者の傷害を相当程度重篤化させたと認められる事案において、その原判決が先の「利用」の基準を基に、後行者の関与前に発生していた傷害結果をも含めた傷害結果全体について傷害罪の承継的共犯を肯定したのに対し、最高裁決定は、後行者の「共謀加担前に〔先行者〕が既に生じさせていた傷害結果については、〔後行者〕の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関

係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によって「被害者」の傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」(一)内は引用者。以下同じ)とし、さらに加えて、先行者が作り出した状況を「利用」して後行者が暴行に及んだとしても、「それは、〔後行者〕が共謀加担後に更に暴行を行った動機ないし契機にすぎず、共謀加担前の傷害結果について刑事責任を問い得る理由とはいえない」とした。最高裁決定はこのようにして、第一に、因果性の欠如を理由に、関与前に発生した傷害結果を後行者に帰責させるべきではないこと、第二に、「利用」の基準に基づいても後行者の関与前に発生していた傷害結果の帰責を肯定する承継的共犯は認められるべきではないことを明確にしたものである(このようにして原判決には法令違反があるとされたものの、その法令違反は罪数や処断刑の範囲に影響を及ぼすものではないなどとされて破棄されるには至らなかった)。最高裁決定は元より承継的共犯一般の成立可能性を否定したものではないけれども、暴行・傷害については少なくともその成立範囲を限定的に捉えたものといえる。こうした帰結自体は従来の判例にも沿うものであるが、最高裁決定はこの点を明確にし、後行者の関与前に発生していた傷害結果は後行者に帰責されないことを決定づけたものである。

2 傷害結果が後行者の関与前の暴行によるのか関与後の暴行によるのかわからない場合

(1) これに対して、傷害結果が後行者の関与前の暴行によるのか関与後の暴行によるのかわからない場合には、判例は複数の対処の仕方を見せている。従来の学説では、事後的関与者の罪責に関し承継的共犯の理論を肯定するかしないかがその関心事であったことから、そこでは、後行者の関与前にその因果性が及んでいない状

況がある場合、つまり、その意味で当該結果の発生時期が明確な事例を前提としてきた。しかしそれだけでは事後的関与者の罪責の検討としては不十分であって、実際にも、傷害結果の発生時期がわからないときにこそ判例が異なった対処の仕方を示しているという難しい状況が見られるのである。⁽¹⁸⁾

こうした事例領域において判例は、三つの異なる対処の仕方を示している。第一に、承継的共犯の理論によって傷害結果の帰責を認めたもの⁽¹⁹⁾、第二に、承継的共犯の理論自体を否定して傷害結果の帰責を否定したもの⁽²⁰⁾、第三に、「利用」の基準に従って承継的共犯の理論の適用を否定しつつ、刑法二〇七条の同時傷害の特例を適用してその傷害結果の帰責を肯定するものである⁽²¹⁾。このうち刑法二〇七条の適用によって対処した神戸地裁平成一五年七月一七日判決は、⁽²²⁾「一般に傷害の結果が全く意思の連絡のない二名以上の者の同一機会における各暴行によって生じたことは明らかであるが、いずれの暴行によって生じたものであるかを知ることができない場合には、同時傷害の特例として、刑法二〇七条により傷害罪の共同正犯として処断されるが、このような事例と対比して考えると、本件のように、共謀成立の前後にわたる一連の暴行により傷害の結果が生じたことは明らかであるが、共謀成立の前後いずれの暴行により生じたものであるかを知ることができない場合にも、やはり『その傷害を生じさせた者を知ることができない』ときに当たるとみなければ権衡を失うことが明らかであるから、これら一連の暴行が同一機会において加えられたものである限り、刑法二〇七条が適用され、全体が傷害罪の共同正犯として処断される」とし、⁽²³⁾意思連絡のない同時犯に対し刑法二〇七条が適用される場合と、意思連絡をもって事後的に関与する場合との間に生じる不均衡を考慮し、意思連絡のある事後的関与の場合にも同条を適用する旨判示する。⁽²⁴⁾

(2) 一般に、複数人によって複数の暴行が加えられた場合に、いかなる暴行から当該傷害結果が生じたのかその因果経過を明らかにすることが難しい場合はよく起こりうる。例えば、打撲傷において、それが複数人のうちの一人の行為による一撃によって生じたのか否か、仮に一撃によって生じたとして、いつ誰のどの暴行から生じたのか、あるいはそうではなく、当該傷害結果は複数人による複数の暴行が相まって生じた結果といえるものなのか不明な場合は多い。さらに、事案の特徴として、例えば強姦に際して生じる陰部の擦過傷のように、すでに生じている傷害を後行者が認識していない場合もよく起こりうる。このようにして、複数関与者のいずれかの暴行から当該傷害結果が生じたことは明らかであるけれども、それを後行者に直ちに帰責できないという状況は生じやすいものといえる。

こうした場合に判例では先の三つの対処の仕方が示されているが、時間的傾向で見ると、大阪高裁昭和六二年判決以前は、承継的共犯の理論を適用するか否かで結論が分かれているのに対し、同判決以降は、判例が一般に承継的共犯の成否を「利用」の基準で判断する傾向を強める一方、⁽²⁵⁾傷害の類型ではその判断枠組みに従って傷害結果の帰責を肯定することが難しくなった結果、⁽²⁶⁾同時傷害の特例の適用でもってそれに対処する方法が採られるようになったと思われる。

こうした「わからない」場合に判例が示した対処について検討すると、仮に承継的共犯を限定的に肯定する大阪高裁昭和六二年判決の判断枠組みに従っても、傷害の場合にはその承継的共犯の成立を認めることが難しいというのは、判例が示す通りである。「利用」の基準は元より承継的共犯一般にあてはまる基準ではない。⁽²⁷⁾しかし、だからといって刑法二〇七条を適用してその帰責を肯定することが直ちに正当化されるわけでもない。なぜなら、

意思連絡のある場合とない場合の事後的関与者を比べて不均衡が生じるから刑法二〇七条を意思連絡のある事後的関与者にも適用するとするけれども、しかしそうした不均衡は刑法二〇七条という例外規定が生じさせたものであるのに、その例外に合わせて不均衡の解消を図ることはその帰結だけで直ちに正当化できるものではない。しかも、いかなる意味で不均衡なのかも問題である。先行者との意思連絡をもって事後的に関与した後行者とそうでない関与者の罪責を比べているけれども、刑法二〇七条の典型的事例である意思連絡のない場合では誰にも傷害結果を帰責しえない状況であるのに対し、意思連絡をもって関与した場合には少なくとも先行者にはその傷害結果の帰責を問えるのであるから、問題の所在が異なる二つの事例を同列に比較している点で妥当ではない。⁽²⁸⁾さらに、暴行・傷害の場合に因果関係を特定しにくいという問題は、傷害罪だけでなく、強盗致傷罪、強姦致傷罪でも同様に存在しているにも拘わらず、刑法二〇七条は強盗致傷罪、強姦致傷罪には適用できないとされているので、⁽²⁹⁾刑法二〇七条の適用だけでは問題状況の一部にしか対処することができない。確かに、暴行罪と傷害罪の場合には法定刑の差が特に大きいので対処の必要性が高いといえるけれども、問題性は強盗致傷罪、強姦致傷罪の場合にも共通しているのであるから傷害罪の場合だけを解決して事足りるものでもなく、かえってバランスを失うように思われる。

(3) もっとも、この「わからない」場合は、詳細を見ると二つの類型に分けられる。第一に、④後行者の関与前の暴行、関与後の暴行のいずれかによって当該傷害結果が発生したが、そのいずれかを特定できないという意味で「わからない」場合、第二に、⑤後行者の関与前の暴行と関与後の暴行が相まって当該傷害結果が発生したといえるから、関与後の暴行による傷害結果をそこから分離評価できないという意味で「わからない」場合で

ある。つまり、「わからない」といっても、類型④では因果関係の存否自体がわからないのに対し、類型⑤では結果への因果関係の存在は明らかである（わかっている）が、その寄与の程度がわからない場合といえる。先に紹介した「わからない」場合の各判例は類型④の事例として扱われていると思われる⁽³⁰⁾。そこで、この類型⑤の対処の仕方を扱ったのが、東京高裁平成八年八月七日判決⁽³¹⁾（以下、「東京高裁判決」とする）、及びこの度の最高裁決定であるので、次にこれらを詳しく検討する（以下という「傷害結果」とは、例えば被害者の頭部に傷害a、右肩部に傷害bがあった場合の個別の傷害aまたはbを指す。傷害aと傷害bが包括一罪として傷害罪が認められる傷害結果全体を意味するものではない）。

三 東京高裁平成八年判決と最高裁平成二四年決定

1 各判決／決定の概観

東京高裁判決は、先行者が被害者に対し、その顔面、頭部等を手拳で数回殴打し、その顔面、背部、左腕等を傘で多数回殴打し、その顔面等を足蹴にするなどの暴行を加えるや、後行者において、「俺にやらせろ」などと言い、先行者と意思を相通じ、共謀の上、後行者において、被害者の顔面等を数回足蹴にし、その顔面等を木の棒で数回殴打するなどの暴行を加え、右各暴行により、同人に①加療約六週間を要する胸部・背部打撲、左肩胛骨骨折、②加療約二週間を要する左眼瞼打撲傷、結膜下出血、③加療約一〇日間を要する頭部・顔面打撲、左上腕・前腕挫傷等の傷害を負わせたという事案に関し、「①ないし③のいずれの傷害においても、〔後行者〕自身が〔被害者〕に対して傷害を生じさせるに足りるだけの暴行に及んでいることは認められるものの、〔後行者〕自

身の暴行によって形成された傷害を独自に取り出して、その質、量を判示することは不可能であり、それらは「先行者」が「後行者」と共謀する前のものを含む暴行と渾然一体となって「被害者」の傷害を形成しているとしか認定のしようがないのである」³²、そして、「本件のような傷害事犯についてこれを考えるに当たっては、その前にまず、途中加担後の行為とされるものがどの範囲の行為とこれによる結果等を指しているのかについてみておかなければならない」として傷害事犯の場合を考察した結果、「一口に加担後の行為といっても、その範囲の確定は必ずしも容易ではないときがあるのであって、その点明確な識別・分離が不可能なものについては、後行行為者は、先行行為者の行為ないしそれに基づく傷害の結果等について全体として共同正犯としての刑責を負うとすることもやむを得ないというべきであり、またそうする以外に適当な処理方法がない」とし、その結果、当該事案については、「後行者」が加えた暴行は、先行行為者が負わせた傷害とかなり広い範囲で競合していて、どの傷害を「後行者」が加えたか識別・分離が不可能なこと前述のとおりであり、また、分離評価に適さない状態にあるから、「後行者」としては自己が加えた傷害を中心としつつ、これと分離不能の原判示傷害についてその刑責を問われてやむを得ない場合である」と判示したものである。

学説にはこの東京高裁判決を、承継的共犯を肯定したものと評価する見方もある³²。しかしそれは、学説で争われる、共犯の因果性に対する例外的処罰という意味での承継的共犯を肯定したのではなく、むしろ構成要件的結果をどの範囲のものとして特定し表現するかに関わる問題である。現にここでの帰結は先行者と後行者の意思連絡の有無にも影響を受けない。仮にこの判決を、承継的共犯を認めた判例だから直ちに批判するとすれば、それは本質を見誤った見方である。結論においては、こうした構成要件の結果の特定・表現の仕方によって結果的

に後行者に傷害結果全体について傷害罪が成立すると認めることも妥当と思われる。それゆえ、先に「わからぬ」場合に類型①②があるとしたが、類型①とされるものの中にもよく検討すれば、後行者の関与前後の暴行が相まって当該傷害結果が発生したといえる類型②に位置づけられるものもあって、そうだとすれば類型①とされたものの中でも承継的共犯のルートを通さずに傷害結果の帰責を肯定することができたものもありうると思われる。^{③③}

そして、この類型②の場合における構成要件的結果の特定のあり方を詳しく論じたのが、この度の最高裁決定の補足意見である。法廷意見は、「〔後行者〕は、〔先行者〕が共謀して〔被害者〕Aらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、〔先行者〕に共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Bの背中や足、Aの頭、肩、背中や足を殴打し、Bの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはAらの傷害（したがって、第一審判決が認定した傷害のうちBの顔面両耳鼻部打撲擦過とAの右母指基節骨折は除かれる。以下同じ。）を相当程度重篤化させた」と認めた上で、先の通り、後行者の「共謀加担前に〔先行者〕が既に生じさせていた傷害結果については、〔後行者〕の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく」、共謀加担後の暴行によって「〔被害者〕の傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」としたものである。そこで、帰責関係の一般論としてはそうだととして、千葉勝美裁判官による補足意見は、そうした場合に「共謀加担後の傷害の認定・特定をどのようにすべきか」についてさらに論じる。「傷害罪の傷害結果については、暴行行為の態様、傷害の発生部位、傷病名、加療期間等によって特定される」が、これらの一部が証拠上明

らかにされない場合は、「証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となるべき事実に判示されれば、多くの場合特定は足り、訴因や罪となるべき事実についての特定に欠けることはない」とし、本件では、「安静加療約三週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」と認定し、量刑判断にあたっては、「共謀加担後の暴行により被害者の傷害を重篤化させた程度に応じた刑を量定する」ことになるとした。

最高裁決定は、最終的に認められた全傷害結果のうち、後行者の関与前に生じかつ関与後の暴行が寄与していない被害者Bの顔面両耳鼻部打撲擦過と被害者Aの右母指基節骨折についてはその帰責を否定し、その上で、それらの傷害結果を除く他の傷害結果の中でも後行者は後行者の関与後に重篤化させた部分についてのみ責任を負うとしたものである。すなわち、最高裁決定は、後行者の関与前に発生した傷害結果の帰責を否定した点では本稿二の1で示した判例の傾向の第一に属し、他方、後行者の関与前に生じかつ関与後の暴行が寄与していない傷害結果を除く他の傷害結果においては、後行者の関与後の暴行がそれを「相当程度重篤化させた」と認められたものの、結果としてはその傷害結果において後行者の関与後の暴行が寄与した部分を特定できない点で、「わからない」場合の類型⑧に含まれることになる。これに対して、東京高裁判決は、後行者の関与前の行為によって生じた傷害の程度を認定できないとされた事案である。⁽³⁵⁾それは、最高裁決定のように、関与前にすでに被害者が流血、負傷していた事実や、関与前に生じかつ関与後の暴行も寄与していない傷害結果を明らかにできる事案とは異なる。ただし、東京高裁判決も、関与前に生じた結果を明確に区別できる場合にはこれを後行者に帰責させない旨判示しているので、仮に最高裁決定の事案であれば、東京高裁判決に従ってもそれと同様の判断がなさ

れることになると思われる。そうすると、後行者の関与前の暴行と関与後の暴行が相まって傷害結果が発生した場合に、構成要件の結果の特定・表現においてどの範囲で後行者に傷害罪が成立すると認めるべきかが問題となる。

2 各判決／決定の整理・分析

(1) すでに見たように、最高裁決定は当該事案における承継的共犯の成立を否定したものであるけれども、しかし東京高裁判決がその傷害結果に関し最高裁決定の補足意見のような特定の仕方を採らなかったからといって承継的共犯を肯定したものと見るべきでもない。結論においては、補足意見が示すような特定の仕方も可能ではあるけれども、必ずしもそうする必要はなく、東京高裁判決のような特定の仕方も認められるべきと思われる。この点を、以下、検討する。

(2) 事後的な関与と構成要件の結果の帰責が問題となる事例類型は、三つに分類できる。第一に、㊦結果を分離評価できる類型（例えば、複数回にわたる財物の窃取の途中から関与した場合）、第二に、㊧後行者の関与前にも結果の一部が生じたと思われるがそれを分離評価できない類型（例えば、東京高裁判決、最高裁決定で扱われたような傷害の事案）、第三に、㊨分離評価できない結果が後行者の関与後に生じる類型（例えば、暴行行為の途中から関与し、その後、被害者が死亡した場合）である。³⁶⁾

類型㊦に関連して、承継的共犯に関するものではないが、近時、最高裁は、パチスロ機から不正な方法によりメダルを窃取する者Aに対し、共犯者Bがその犯行を隠ぺいする目的で隣のパチスロ機で通常の方法により遊戯

した場合において、Aが窃取したメダルとBが取得した窃取したとはいえないメダルがドル箱内に混在していた事案での窃盗罪の結果につき、通常の遊戯方法により取得したメダルとAがゴト行為により取得したメダルとが混在したドル箱内のメダル四一四枚について「窃盗罪が成立する範囲は、……ドル箱内のメダル四一四枚の一部にとどまる」(傍線は引用者)ものと認めた。⁽³⁷⁾これは、不正に取得したパチンコ玉とそうでないパチンコ玉が混在しそれを区別できない場合に、被告人が所持するパチンコ玉全部について窃盗罪を成立させた従来の判例とは異なる判断を示したものである。⁽³⁹⁾それは、結果を分離評価できるのにそれが分からないからといって結果全部に対しその罪を成立させることは認められないとの判断を示したものである。⁽⁴⁰⁾事後的な関与の場合にも同様の判断が示されるべきこととなる。

これに対して、類型①②は結果の一部を元より分離評価できない類型である。中でも東京高裁判決、最高裁判決で扱われたような傷害の事案は、類型①に分類される。このとき、東京高裁判決は、先行者の暴行時に傷害結果Pは生じていたであろうが、その後、他の暴行と相まって最終的な傷害結果Qが形成されたと認められる場合に、当初ありえた傷害結果Pから雪だるまのようにして拡大した部分X(②「ヤリ」)に後行者の関与後の暴行が寄与したと認められるが、そのXだけを取り出して評価できないから、最終的な傷害結果Qに対して傷害罪が成立すると認めたものである。⁽⁴¹⁾しかし、最終的な傷害結果Qが複数の暴行が相まって生じた結果だとしても、後行者の関与前の暴行による結果がその中に含まれているので、仮に分離評価ができないとしても傷害結果Qに対して傷害罪が成立することには共犯の因果性の観点から疑問があるとする見方もありうる。最高裁決定の補足意見もこのように考えて、「安静加療約三週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩

甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」ものとして特定すべきとしたのだと思われる。

他方、類型①と②は共に、民法上の共同不法行為にいう「損害一体型」（企業A・B・Cが別々に有害な廃液を川に流し、その結果、下流で農作物に被害が生じた場合のように、加害行為は別々になされているが、被害に一体性があつて、個々の加害行為が損害との関係でどこまで事実的因果関係があるか分からない場合とされる）⁽⁴²⁾と呼ばれる類型に属するが、刑法上は、類型②を類型①とは区別して理解すべきである。この点、確かに類型②（例えば、暴行行為の途中から関与し、その後、被害者が死亡した場合）においても後行者の関与前の寄与と関与後の寄与が共に結果（事例では「死亡結果」）に集約している。その意味で後行者の関与後の寄与分を分離評価できず、仮にその結果を帰責すれば関与前の寄与分も帰責させることになるとの見方もありうる。しかし類型①で生じる問題はここでは生じない。類型①も②も確かに「損害一体型」に属するけれども、ここで重要なのは、結果が複数の原因から形成されたことではなく、犯罪事実の特定としていかなる構成要件の結果を認めるかという問題であるから、類型②のように、後行者の関与後に（関与前後で個別化されない、新たな）一つの構成要件の結果（事例では「死亡結果」）が生じると評価できる場合には、補足意見が回避しようとした問題は生じないからである。そこで、類型①での構成要件の結果の特定の仕方が特に問題となる。

（3）傷害罪は結果犯であるからその成立を認めるためには傷害結果が特定される必要がある。⁽⁴³⁾その傷害結果は、「罪となるべき事実」においては、傷害の部位、種類、程度によって特定されるとされる。⁽⁴⁴⁾この点、最高裁決定の補足意見は、相まって生じた傷害結果の場合に、「安静加療約三週間を要する背部右肋骨・右肩甲部打撲擦過等のうち、背部・右肩甲部に係る傷害を相当程度重篤化させる傷害を負わせた」ものとして特定されること

になるとした。こうした特定の仕方に対しては、結果帰責の範囲を限定するものであるからそうすべきとする見方もありうる。しかしそれが構成要件の結果として特定されるべき「結果」を限定している点には疑問がある。つまり、事実経過としては後行者の関与前に生じていた傷害結果Pが拡大して最終的に傷害結果Qになるけれども、傷害結果Pと傷害結果Qはそれぞれが独立した傷害結果として包括一罪を形成するものではなく、あくまで法的な、つまり構成要件の結果として示すべき傷害結果はQである（結果としてあつた傷害を裁判時に傷害罪の構成要件の結果「Q」として示したもの）。確かにその途中結果であるPから最終的結果Qへの拡大は「程度」を示すものであるけれども、しかしそれは構成要件の結果自体の内容を特定するための「程度」ではなく、後行者の関与後の暴行が結果に至るまでに寄与した割合を示すものにすぎない。寄与割合は構成要件の結果を特定する要素として理解すべきものでもない。そうだとすれば、構成要件の結果の特定としてそうした寄与割合まで明確に示されるべき必要はないと思われる。結果を分離評価できるけれどもそれがわからない窃盗の事例（類型⑦）とは異なるのである。

最高裁決定の補足意見が帰責結果の範囲ではなく寄与割合を限定的に示したものと理解できるのであれば、東京高裁判決のようにその寄与割合を明示しないかたちで特定することも認められるべきである。後行者の関与後の暴行が寄与した範囲を事実として表現し特定できない以上、最終的結果であるQを構成要件の結果として特定せざるをえない。しかしこうした全体結果に対して傷害罪の成立を認めたことが直ちに承継的共犯を肯定したことはない。現に多重因果関係が学説上認められているのだとすると、複数の原因のうちの一部が全体結果⁽⁴⁵⁾に対して因果性があることは従来から認められており、傷害罪の場合にだけ、拡大した部分Xを構成要件

の結果として取り出す必要はないからである。このように、相まって生じた傷害結果Q全体を構成要件の結果として傷害罪が成立するとせざるをえない場合には、後行者が途中から関与した点を犯罪事実として認め、寄与の割合が傷害結果Qの一部にとどまる事実を量刑事情として考慮すれば足りると思われる。従来の学説は、何罪がどの範囲について成立するのかに注目してきたけれども、仮に傷害罪が結果全体について成立するとしつつも、量刑の部分を含めてそのバランスを取ればよい場合もあると思われる。判例においても、行為者が負わせた傷害と被害者の特異体質が相まって死亡結果が発生した場合に、その結果との因果関係は肯定しつつも、量刑判断において、その特異体質が死亡結果に及ぼした影響（つまり行為者の行為による寄与が限定的であったこと）が「酌むべき事情」として考慮されている⁽⁴⁶⁾（寄与割合に応じて減責するものといえる）。

このようにして、最高裁決定の補足意見が示す、後行者の関与後の寄与割合に応じて限定するという意図を加味した特定の仕方も否定されるべきものではないけれども、他方、東京高裁判決のような特定の仕方も直ちに否定されるべきものでもなく、また、それが必ずしも承継的共犯の肯定を意味しないと理解することは可能である。

四 おわりに

本稿では、傷害結果の帰責をめぐる、事後的関与者の罪責に関する判例の実際とそこにある検討課題について考察した。判例は後行者の関与前に発生した傷害結果の帰責を否定する傾向を持つ。その一方、判例が判断を異にしているのは、後行者の関与後の暴行が当該傷害結果を惹き起したのか否か、惹き起したとしてどの範囲で惹き起したのか「わからない」場合である。それゆえこの場合の罪責こそ検討の必要性が高いと思われる。

るが、従来の学説の検討は低調であった。従来の学説が共犯の因果性をめぐる一問題として承継的共犯論を捉え、その関心が承継的共犯を理論的に認めるか否かに向けられていたからである。しかしそうした事例領域で行われた判例による一部の処理は、すでに承継的共犯を認めたか否かという観点で理解すべきではないものである。事後的関与者の罪責は承継的共犯の適否のみに関わるわけではない。本稿ではそうした問題意識から考察に取り組んだ。

従来の学説は事後的関与者の罪責を承継的共犯論において扱ってきたが、承継的共犯の成否は事後的関与者の罪責をめぐる問題のすべてではない。本稿での検討を基に、そうした視点に基づいて事後的関与者の罪責の考察を深めていきたい。

(1) 事後的関与者の罪責に関する検討課題の整理については、松尾誠紀「判批」北大法学論集五六卷三号(二〇〇五年)三四頁以下参照。第一の共犯成立の時間的限界に関して、「共犯である教唆・幫助の成立可能性の問題は、犯罪の終了時期とは関係がない」、「共犯である教唆・幫助は正犯の行為を介して構成要件の実現に関与する必要があるから、正犯の行為終了後においては既に教唆・幫助の成立可能性は否定されるべき」(山口厚『刑法総論』(第二版、二〇〇七年)四七頁)との理解もある。正犯行為の終了後に共犯成立の可能性は否定されるべきではあるが、犯罪の終了時期と共犯の成否が完全に切り離されるわけではない。例えば、Bが留守中のC宅から金庫を盗み出して玄関を出たところ、ちょうど通りかかったAが、その金庫をBの自宅まで運んだ事例のように、犯罪の終了時期の判断によって共犯の成否が分けられる事例もおあるからである(松尾誠紀「作為犯に対して介入する不作為犯(四)」北大法学論集五七卷二号(二〇〇六年)一八二頁・註(四))。

(2) 下村康正『学説判例刑法総論』(一九七九年)一三五頁は、「承継的共犯」の問題の解決にあたっては、単純一事後的な関与と傷害結果の帰責

罪とされるものについては争いは起きない。たとえば、窃盗犯人が実行行為の途中で共犯者を呼び寄せ財物を共同して奪取したような場合は、後の参加者に情状の点で考慮されるべきものがあるとしても、半分の窃盗罪ということはないのであるから、後の参加者も窃盗そのものの共犯ということに疑いはないからである」(一)内は引用者。以下同じ)、「同一機会に同一人に数個の殴打を加える、いわゆる接続犯のごときは単純一罪であるから問題はない」とする。これは本文における第一の問題のみを承継的共犯論のそれとして捉える見方といえる。しかし、例えば、倉庫から多数の米俵を運び出す窃盗の犯行において、先行者の行為により一部の窃盗がすでに既遂に至っていた段階でそれに後行者が途中関与した場合においては、関与後の行為によって後行者に窃盗罪が成立しさえすればそれですべての問題が解消するわけではなく、後行者にどの範囲で窃盗罪が成立するのかわかり、本文における第二の問題も承継的共犯論のそれとしてなお問題となる。

(3) 「新たな暴行・脅迫」は、強盗罪における「暴行・脅迫後の領得意思」をめぐる学説・判例の取り組みによって導き出された概念である。これについては、松尾誠紀「共犯者を介して有する心理的・物理的因果は強盗構成要件を充足するか」法と政治(関西学院大学)五八巻一号(二〇〇七年)八五頁で検討した。

(4) 判例において、強盗、強姦、恐喝への事後的関与についても後行者に承継的共犯としてそれらの罪の成立が認められている。しかし他方で、いずれの事案においても後行者の関与後の行為によって新たな暴行・脅迫が行われている事案でもある。例えば、強盗致傷に関する東京高判昭和五十七年七月一三日判時一〇八二号一四一頁、恐喝と傷害に関する東京地判平成八年四月一六日判時一六〇一号一五七頁。また、名古屋高判昭和三十八年二月五日下午刑集五巻一・一二号一〇八〇頁では、後行者の関与時においてすでに被害者が抗拒不能の状態であることからすればそれ単独では準強姦といえるけれども、後行者の姦淫行為自体に暴行を伴う点からすると、先行者との共同した暴行を継続したと解することもできる。

(5) 最決平成二四年一月六日裁時一五六七号一頁。

(6) 近時、共犯の因果性の観点から承継的共犯を批判的に論じる論考として、山口厚『共犯の因果性』の一断面」

『神山敏雄先生古稀祝賀論文集（一）』（二〇〇六年）三四九頁。また、林幹人「共犯の因果性」法曹時報六二巻七号（二〇一〇年）一二頁以下も参照。

（7）判例を実質的観点から考察したものとして、内田文昭「判批」判例タイムズ七〇二号（一九八九年）六八頁、大越義久『共犯論再考』（一九八九年）九〇頁がある。

（8）札幌高判昭和二八年六月三〇日高刑集六巻七号八五九頁（「仮令共犯者がさきになしたる暴行の結果生じたる傷害につきなんら認識なかりし場合と雖も」帰責が肯定されるとする）、大阪地判昭和六三年七月二八日判タ七〇二号二六九頁（被害者の負った傷害のうち一部は後行者の関与前に生じているけれども、それを含めて帰責されるべきとされている）。なお、それ以外に、暴行は関与前に（も）行われているが、傷害の発生時期を明確にすることなくその帰責が肯定されたものが二件ある。神戸地判昭和三年三月一〇日下刑集六巻三三〇四号二〇四頁（傷害の発生時期を特に検討することなく強盜致傷罪の成立が後行者に認められているが、認定事実によれば暴行は後行者の関与前にのみ行われている）と、東京地裁平成八年四月一六日判決（前掲註（4））（傷害と恐喝の混合的包括一罪とされた事案。傷害結果の発生時期は特に明示されることなく、後行者の関与前後の暴行を捉えて「右一連の暴行により」当該傷害結果が生じたとされ、それに対する傷害罪の成立が認められた。また、後行者にも傷害・恐喝の犯行全体に対する共同正犯が成立するとする点の理由づけとして、先行者の暴行によって生じた被害者の畏怖状態を「恐喝遂行の手段として積極的に利用する意思の下に、犯行に加担した」ことが挙げられている）である。

（9）大越・前掲註（7）九六頁は、「判例は、強姦致傷罪では、後行者の関与以前に先行者が被害者に傷害を負わせたことが判明している場合には、後行者に傷害の責任を負わせていない」と指摘する（同様の指摘として、内田・前掲註（7）七一頁・註（一五））。これに対し、「刑法二四〇条関係では、承継的共犯の成立を認め関与以前に既に発生していた結果についてまでも後行者に責任を認める立場が判例の主流であることに疑いはない」（大越・同九六頁）とも指摘するが、同分析に用いられた事例七件には死亡結果が発生しているものが三件含まれている。傷害に関する残り四件のうち、帰責否定は一件（後掲註（10）の福岡地裁判決）であるが、帰責肯定の三件のうち一件は東京高裁

事後的な関与と傷害結果の帰責

昭和五十七年七月一三日判決（前掲註（4））である（肯定の残り二件は、前掲註（8）の札幌地裁判決と神戸地裁判決。ただ、同東京高裁昭和五十七年判決では後行者に強盗傷人罪の成立が認められたが、同事案では後行者自身も被害者に傷害を負わせていた事案であり、同判決書からはいかなる傷害結果の帰責が後行者に認められたのかは明らかでない（同事案の主な争点は後行者の関与時に強盗罪が終了していたか否か（強盗共犯成立の時間的限界）であった）。

（10） 福岡地判昭和四〇年二月二十四日下刑集七卷二号三七頁（強盗致傷否定、強盗）。

（11） 東京地判昭和四〇年八月一〇日判タ一八一号一九二頁（強盗致傷否定、強盗）、岡山地津山支判昭和四五年六月九日刑月二卷六号六七九頁（強盗致傷否定、強盗）。

（12） 大阪高判昭和六二年七月一〇日高刑集四〇卷三三七二〇頁。

（13） 東京地判平成七年一〇月九日判タ九二二二九二頁（強盗致傷否定、強盗）。浦和地判平成四年三月九日判タ七九六号二三六頁は、大阪高裁昭和六二年判決が示した「利用」の基準を承継的共同正犯の成否を判断する際の一般的な考え方としつつも、「包括一罪などについて、刑法理論上の問題の多い承継的共同正犯の理論を適用するのには、慎重を要する」として、当該事案では傷害結果は後行者の関与前に発生していたことから、後行者について強盗致傷罪ではなく強盗未遂罪にとどめた。同様に、東京高判平成一七年一月一日東高時報（刑）五六卷一―一二号七五頁も、原判決が「利用」の基準に基づき、後行者の関与前に生じていた傷害結果も含めた傷害に対し強盗致傷罪を認めたのに対し、被害者の傷害結果は後行者の関与前に生じていたものであるから、関与前に生じた傷害結果についてまで帰責されるものではないとして強盗罪にとどめた。

（14） すでに横浜地判昭和五十六年七月一七日判時一〇一四二頁は、恐喝と傷害への事後的関与の事案について、「承継的共同正犯において、じきに犯行に加担した者に、それ以前の先行行為者の行為についてまで責任を負担させることができる理由は、先行行為者の行為及び生じさせた結果・状態を単に認識・容認したというにとどまらず、これを自己の犯行の手段として積極的に利用すべく自己の犯罪行為の内容に取り入れて、残りの実行行為を他の共犯者と分担して行うことにあ（る）」としていた。当該事案においても当該後行者への傷害結果の帰責は否定されたが（恐

喝の承継的共犯のみが認められた）、しかしその否定の理由は、「後行行為者が先行行為者の行為なり、生じさせた結果状態の拡大に寄与する行為を行うところに介入前後を通じての共同実行の意思とその事実を認めることができる」とともに、かかる寄与行為を行わないとすれば、後行行為者においてそれに相応する先行部分の共同実行の意思やその事実を有しないか、すくなくともこれらの存在は客観的には明確でなく、結局これらの存在を断定することはできない」という、承継的共犯を肯定するためには後行者が当該構成要件の結果への寄与を不可欠とするとの理解から、当該後行者は関与後に「傷害結果を生じさせることやその拡大につながるような暴行等の寄与行為はなんらしていない」とするものであった。それは、大阪高裁昭和六二年判決のように暴行・傷害の場合には「利用」ができないとするのではなく、後の判例への影響という点では大阪高裁昭和六二年判決ではなかったと思われる。

(15) 刑法判例百選Ⅰ総論（第六版、二〇〇八年）一六八頁は、大阪高裁昭和六二年判決を承継的共犯に関する題材判例として扱う。

(16) 同被告人に対する他の犯罪事実に関しては、「利用」の基準に基づき恐喝の承継的共同正犯が肯定されている。

(17) 最高裁平成二四年一月六日決定（前掲註（5））。

(18) 門野博『裁判員裁判への架け橋』（二〇一二年）一二四頁は、「承継的共犯に関する見解にはいくつかの考え方がありますが、いずれの見解を採るにしても、先行者、後行者それぞれの行為のすみ分けができていることが前提になっているように思います。それができないときに後行者（被告人）の責任をどう考えればよいのか」と指摘する。門野教授は、後に詳しく検討する東京高裁平成八年八月七日判決（後掲註（31））の陪席裁判官を務めたが、そうした問題意識の下に同事案を検討したとされる。

(19) 名古屋高判昭和五〇年七月一日判時八〇六号一〇八頁、札幌地判昭和五五年十二月二十四日刑月一二卷一二号一二七九頁。また、先行者に対する判決であるが、数名の者のうち誰のどの行為によって当該傷害結果が生じたか明らかでない場合には後行者も強姦致傷罪の責任を負うとしたものとして、東京高判昭和三四年十二月二日東高時報（刑）一〇卷一二号四三五頁。これに関連し、大越・前掲註（7）九七頁以下は、同名古屋高裁判決と同札幌地裁判決が

事後的な関与と傷害結果の帰責

「被害者の傷害と後行者の暴行との間に因果関係の存在を確認することができない事案に、後行者に傷害罪までの責任を認める背後には、そのような場合、現行法では意思疎通のない同時傷害のときですら刑法二〇七条により傷害罪までの責任を負う以上、意思疎通のある承継的共同正犯であれば傷害罪までの責任を負うことはなおさらだ、との考慮が控えているのかもしれない」とする。この見方に対し、西田典之ほか編『注釈刑法(一)』(二〇一〇年) 八五八頁(島田聡一郎)は、「しかし、もしそれが承継的共同正犯を認める真の論拠だとすれば、むしろ、傷害罪の承継的共同正犯を否定した上で、二〇七条を適用する方が端的な解決ともいえよう」と指摘する。傷害罪に関してそのような解するのが、後掲註(21)の大阪地裁判決と神戸地裁判決である。

(20) 浦和地判昭和三三年三月二八日一審刑集一卷三号四五五頁、広島高判昭和三四年二月二七日高刑集一二卷一号三六頁(両判決は承継的共犯の理論自体を否定したものであるが、承継的共犯の理論の適用を否定する場合もありうる)。

(21) 大阪地判平成九年八月二〇日判タ九九五号二八六頁、神戸地判平成一五年七月一七日LEX/DB文庫番号28095309。両判決とも、承継的共犯の成否に関しては、先行者の暴行等を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思及びそうした利用の事実認められないとして、その成立を否定する。

(22) 前掲註(21)の神戸地裁判決。

(23) 前掲註(21)の大阪地裁判決も同旨の理由から刑法二〇七条を適用していた。

(24) 意思連絡のある後行者に刑法二〇七条の適用を肯定する見解として、前田雅英「複数の暴行行為と傷害結果の帰責」警察学論集五二巻六号(一九九九年) 一六〇頁以下、同『刑法各論講義』(第五版、二〇一一年) 五一頁以下、林幹人『刑法各論』(第二版、二〇〇七年) 五六頁以下、山口厚『刑法各論』(第二版、二〇一〇年) 五一頁以下、伊東研祐『刑法講義各論』(二〇一一年) 四二頁。

(25) 例えば、監禁罪に関して「利用」の基準によって承継的共犯の成否を判断したものとして甲府地判平成一六年九月一六日LEX/DB文庫番号28095653(「利用」がないとして承継的共犯否定)、封印破棄罪に関して東京高判平成六年一〇月二八日東高時報(刑)四五巻一、一二号五九頁(承継的共犯肯定)がある。恐喝罪に関する東京高判平成二

一年三月一〇日東高時報（刑）六〇卷一―二二五頁も「利用」の基準の適用を試みる（結果的に承継的共犯否定）。

(26) 本稿二の1の検討を参照。

(27) すでに平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）三八三頁は、強姦、強盗、詐欺への途中関与については「一部に加功した者が全体についての責任を負う」場合があるとする一方、しかし傷害の場合については、「このことと、すでに発生し終った結果についても責任を負うかどうかとは、別の問題である」としていた。同旨、藤永幸治「承継的共犯」藤永幸治ほか『刑法判例研究』（一九八一年）一六八頁。

(28) すでに大阪高裁昭和六二年判決は、「後行者たる乙が先行者甲との共謀に基づき暴行を加えた場合は、傷害の結果を生じさせた行為者を特定できなくても、少なくとも甲に対しては傷害罪の刑責を問うことができるのであって、刑法の右特則（刑法二〇七条）の適用によって解消しなければならないような著しい不合理は生じない」としていた。同旨、山中敬一『刑法各論』（第二版、二〇〇九年）五三頁以下、西田典之『刑法各論』（第五版、二〇一〇年）四七頁、松宮孝明『刑法各論講義』（第三版、二〇一二年）四三頁以下。

(29) 強姦致傷罪への刑法二〇七条の適用を否定したものとして、東京地判昭和三六年三月三〇日判時二六四号三五頁、強姦致傷罪への同条の適用を否定したものとして、仙台高判昭和三三年三月一三日高刑集一一卷四号一三七頁。刑法二〇七条を傷害罪類型以外に適用することを否定する見解として、筑間正泰「刑法二〇七条（同時傷害）について」広島法学一一卷二号（一九八八年）四九頁以下。これに対してそれを肯定する見解として、前田宏「強盗傷人または強姦致傷における傷害について刑法第二〇七条を適用することの可否」白井滋夫ほか『刑法判例研究Ⅱ』（一九六八年）二八一頁。

(30) 例えば、前掲註（21）の神戸地裁判決では、「被害者の判示の傷害がそのいずれの段階の暴行によって生じたかを知ることができない」とされている。

(31) 東京高判平成八年八月七日東高時報（刑）四七卷一―二二五頁、判タ一三〇八号四五頁（門野・前掲註（18）二二九頁以下にも所収）。

事後的な関与と傷害結果の帰責

(32) 近時では、十河太朗「承継的共犯の一考察」同志社法学六四卷三号（二〇一二年）三六〇頁以下。

(33) 鈴木義男「承継的共同正犯の成立範囲」白井滋夫ほか『刑法判例研究Ⅲ』（一九七五年）二五三頁は、「後行行為者が介入した後にも、現に発生した傷害をひきおこすに足りるような暴行がひき続いて加えられている場合には、介入の前後にわたる暴行によってその傷害が生じたとみて、後行行為者にも傷害の結果に対する責任を負わせる余地がある」と指摘する。現に介入の前後にわたる暴行が相まってその傷害が生じたといえる場合にそう理解する趣旨であれば適切である。これに対して、前掲註（21）の大阪地裁判決は、「本件傷害の結果は共謀成立の前後にわたる〔先行者〕及び〔後行者〕の一連の暴行によって生じたことは明らかであるが、それ以上に、これが〔先行者〕の頭突き等の暴行にのみ起因するものであるのか、それともその後の〔後行者〕及び〔先行者〕の暴行にのみ起因するものであるのか、はたまた両者合わさって初めて生じたものであるのか」確定することができないとしているが、こうした場合は、類型④である可能性がある点で因果関係の存在自体を明らかにできないものとして扱われるべきこととなる。

(34) この最高裁決定の事案は、先行者の行為から生じた傷害結果を明確にできる部分がある点で、後行者への全傷害結果の帰責を目的として刑法二〇七条を適用することが元よりできない事案である（注釈刑法・前掲註（19）八五八頁以下参照）。従って、この最高裁決定が本事案において刑法二〇七条を適用しなかったからといって、最高裁が一般に、承継的共犯が否定される傷害の事案において同時傷害の特例の適用をもって対処することに否定的であるとは見るべきではない。

(35) 東京高裁判決では、「右加担前の〔先行者〕の行為によって生じた傷害の程度と加担行為によって生じたとされる傷害の程度とを各別に認定するに足りる証拠は本件では存しない」（判例タイムズ一三〇八号四六頁）とされている。

(36) こうした分類は犯罪類型に対応するものではない。傷害罪の場合でも、後行者の関与前の暴行により頭部の傷害aが発生し、関与後の暴行により右腕部の傷害bが発生した場合には、分離評価が可能な類型⑦に属することとなる。

(37) 最決平成二二年六月二九日刑集六三卷五号四六一頁。

(38) 東京高判昭和二十九年一月二〇日東高時報(刑)五卷一四三八頁、東京高判昭和四三年四月二六日東高時報(刑)一九卷四号九三頁、東京高判昭和四八年九月二六日東高時報(刑)二四卷九号一四六頁。なお、最決昭和二十九年四月二七日刑集八卷四号五四六頁が同東京高裁昭和二十九年判決で引用されているが、それは、不正な玉約七〇〇個のほか正当な玉四三〇個くらいが使用された結果打ち出された景品玉について、正当玉による景品玉と不正玉による景品玉を区別できないが、その景品玉と引きかえられた景品全部について詐欺罪が成立するとされたものである。この最高裁昭和二十九年決定の場合には詐欺罪が問題となっているから、「詐欺や恐喝の場合には、欺罔文言や恐喝文言によって被害者の交付意思全体に瑕疵が生じ、財物の取得全体が違法性を帯びる」として、窃盗罪の場合とはなお事案が異なる」との理解が示されている(三浦透「判解」法曹時報六四卷八号(二〇一二年)一八七頁以下)。

(39) メダル受け皿に残っていたメダルのうち、どれだけが行為者の不正行為によって払い出されたものか確定できない場合に、「一二〇〇枚以下の相当数のメダル」を窃取したものと認められた事案として、東京地判平成三年九月一七日判時一四一七号一四一頁がある。山中敬一「判批」法学セミナー四五三号(一九九二年)一二七頁はこの認定を正当とする。

(40) 三浦・前掲註(38)一八八頁参照。なお、東京高判平成八年一月一九日東高時報(刑)四七卷一―一二号一二五頁(薬事法違反、麻薬及び向精神薬取締法違反事件)においては、医薬品である注射用チオペンタールナトリウムの製造及び麻薬であるメスカリン硫酸塩の製造に途中から関与した後行者に関し、製造されたチオペンタールナトリウム約一七〇〇グラムのうち後行者の関与期間中に約七〇〇グラムが完成したこと、及び製造されたメスカリン硫酸塩約三〇〇〇グラムのうち、後行者の関与期間中に三〇〇〇グラムの大部分が完成したとの事実が認められている。もっとも、同判決では結論において、後行者は「既に製品化されていた分の製造行為を含め加担前の各製造行為全部についても、承継的共同正犯としての責任を負う」と判断された(なお、薬事法、麻薬及び向精神薬取締法上の製造罪の既遂成立には、当該医薬品・麻薬の作出が必要である(平野龍一ほか編『注解特別刑法(五―I)』(第二版、一九九二年)Ⅲ薬事法の一六頁以下〔大久保隆志・柴田龍太郎〕、古田佑紀ほか編『大コンメンタールI薬物五法』

事後的な関与と傷害結果の帰責

(一九九四年) 三六九頁以下(本田守弘) 参照)。

(41) 刑法二〇七条は、①それぞれの暴行による傷害の軽重を知ることができず、または②その傷害を生じさせた者を知ることができないときは、共犯の例によると規定する(通常、刑法二〇七条の適用が問題とされるのは要件②(惹起者が誰かわからない場合)についてである)。このとき、杉本一敏「同時傷害と共同正犯」刑事法ジャーナル二九号(二〇一一年)四九頁は、要件①を、共犯でない複数行為者による複数の暴行によって問題の傷害が生じたが、それに対する各人の寄与度が判明しない場合であると理解する。仮にそう理解されるべきならば、複数の暴行が相まって生じた傷害結果Qのような場合の帰責においては、因果関係の否定が原則、同時傷害の特例のような規定の適用がその帰責肯定のために必要ということとなって、東京高裁判決のような解決の仕方は元より妥当でないこととなる。

しかし要件①は、各人の寄与度が不明な場合ではなく、「数個の傷害個所があつてその程度に差異がある場合」(団藤重光編『注釈刑法(五)』(再版、一九六八年)九五頁(高田卓爾))にいずれの者が重い傷害をなし、いずれの者が軽い傷害をなしたかが不明な場合と理解すべきである(泉二新熊『日本刑法論下論』(訂正四四版、一九三九年)五四七頁参照。刑法二〇七条の成立過程については、村木保久「刑法二〇七条の沿革について」目白大学短期大学部研究紀要三八号(二〇〇一年)一二三頁が詳しい)。傷害罪のときにだけ「各人の寄与度が判明しない場合」が取り上げられるべき理由はない(本文で後述の「多重因果関係」の箇所参照)。同時傷害の特例が問題としている状況と、複数の暴行が相まって生じた傷害結果Qのような場合とは異なるというべきである。

(42) 内田貴『民法Ⅱ債権各論』(第三版、二〇一一年)五三三頁。ここでは、少なくとも部分的には因果関係があると思われるのに、その程度を立証できないとの問題性が指摘されている(同五三四頁以下)。

(43) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(八)』(第二版、二〇一一年)一二五頁(中谷雄二郎)。

(44) 谷口正孝ほか『刑罰法Ⅰ「犯罪事実」の書き方とその理論』(新訂第一版、一九七一年)一八二頁以下、司法研修所編『刑事判決書起案の手引』(平成一九年版、二〇〇七年)一〇四頁以下、大コンメ刑訴訟法・前掲註(43) 一二五頁。

(45) 山中敬一『刑法総論』(第二版、二〇〇八年)二六〇頁以下参照。また、自動車による二重轢過の事案において、被害者を第一に轢いた自動車の運転手Aと第二に轢いた自動車の運転手Bの両者に業務上過失致死(傷)罪が成立する場合には、両者それぞれの因果性の存在が前提とされていると思われる(二重轢過については、清水勇男「因果関係」研修三九九号(一九八一年)二三頁、米山正明「因果関係の認定」木谷明編著『刑事事実認定の基本問題』(二〇〇八年)七三頁参照)。

(46) 例えば、札幌地判平成一二年一月二七日判タ一〇五八号二八三頁。Aらが被害者に暴行を加えて、頭蓋骨骨折、急性硬膜外血腫及び脳挫傷等の傷害を負わせたところ、被害者は約一カ月後に、当該傷害に起因するストレス性胃内損傷に基づく胃内出血による出血性ショックにより死亡したが、その際、被害者の胃には明確な潰瘍痕はなく、デュラフォア潰瘍といわれる、非常に浅くて小さい胃粘膜の欠損の下に、血管の走行異常のために太い動脈血管があり、それが破たんして大量の出血を惹き起こすといった特殊な病変により被害者が死亡した可能性が認められた事案に関し、当該傷害の合併症が医学上通常起こりうるものであり、かつ当初の傷害が死亡の危険性が高いものであれば、当初の傷害とこれに起因する合併症による死亡との間には刑法上の因果関係を認めることができるとして傷害致死罪の成立が認められたが、その量刑の事情として、「胃の血管の走行異常という「被害者」の特異体質がその死の結果に及ぼした影響を無視することはできない」ということが「酌むべき事情」として考慮された。

〔付記〕

(i) 本稿は、平成二〇・二一年度文部科学省科学研究費補助金(若手研究(B)) (課題番号二〇七三〇〇五一)及び平成二四・二五年度日本学術振興会科学研究費補助金(若手研究(B)) (課題番号二四七三〇〇六二)に基づく研究成果の一部である。

(ii) 脱稿後、最高裁平成二四年一月六日決定(前掲註(5))を解説する豊田兼彦「判批」法学セミナー六九七号(二〇一三年)一三三頁、前田雅英「承継的共同正犯」警察学論集六六卷一号(二〇一三年)一三九頁、また、窃盗

事後的な関与と傷害結果の帰責

罪の成立範囲に関する最高裁判平成二二年六月二九日決定（前掲註（37））を解説する内田幸隆「判批」判例時報二二六九号（二〇一三年）一六〇頁に接した。

このうち、豊田・同一三三頁は、最高裁判平成二四年決定に対して、「本決定は、二〇七条の適用に言及していないが、これを否定する趣旨を含んでいる」と指摘する。しかし、本事案は、元より刑法二〇七条の適用にあたらない事案であるから、そのような理解は妥当ではない（詳しくは、本稿・註（34）参照）。

Die nachträgliche Beteiligung und Zurechnung von Körperverletzung

Motonori MATSUO

A kam hinzu, als B den C verprügelte. Auf die Frage von B, ob er nicht mitmachen wolle, prügelte nunmehr auch A auf C ein. C erlitt in der Folge eine Prellung am Rücken.

In diesem Fall ist unstrittig, dass B Mittäter der Körperverletzung ist. Nun ist die Frage, ob auch A Mittäter der Körperverletzung ist. Nach japanischer Rechtsprechung wird A keine Körperverletzung zugerechnet, wenn die Prellung schon entstanden war, bevor A sich beteiligte. Allerdings ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass in der Forschung bisher nur Fälle untersucht wurden, bei denen der Verletzungszeitpunkt eindeutig war. Denn in den folgenden Situationen gibt es noch keine einheitliche Rechtsprechung über die Zurechnung der Körperverletzung: Erstens wenn unklar ist, ob die Prellung vor Beteiligung des A oder danach entstanden ist, und zweitens wenn unklar ist, inwieweit die Gewaltakte mit Beteiligung des A einen Einfluss auf die Prellung hatten, wenn eine Reihe von Akten zu dieser Prellung führten.

Im vorliegenden Aufsatz wird untersucht, ob die Verletzung dem nachträglich Beteiligten A zugerechnet werden kann, wenn der Entstehungszeitpunkt der Verletzung bzw. das Beteiligungsmaß unklar ist. Mit diesem Beitrag möchte ich die diesbezügliche Forschung ergänzen.